DISSERTATIO JVRIDICA
DE
CONJVGE BINVBI
VEL
BINVBAE EX BONIS HVJVS NON PLVS CAPIENTE, QVAM ALIQVIS LIBERORVM PRIORIS MATRIMONII MINIMAM PORTIONEM ACCIPIENS,
ad l. 6. C. de secundis nuptiis.

QVAM
DIVINO ANNVENTE NVMINE
CONSENTIENTE
ILLVSTRI JCTORVM ORDINE
IN PER-ANTIQVA ELECTORALI ACADEMIA
ERFVRTENSI,
PRAESIDE
PRAENOBILI ET CONSVLTISSIMO VIRO
DN. RVDOLPHO CHRISTOPH. HENNE,
JVRIS VTRIVSQVE ET PHILOSOPHIAE DOCTORE, NEC NON INSTITVTIONVM IMPERIALIVM PROF. PVBL. ORD.
DIE IX. JVLII M DCC XXXXIX.
IN AVDITORIO JVRIDICO COLLEGII MAJORIS
PVBLICO ERVDITORVM EXAMINI SVBMITTIT
JOHANNES ZACHARIAS SCHROETER,
ERFVRTENSIS.

ERFORDIAE,
EXCVDIT JOH. CHRISTOPH. HERING, ACADEMIAE A TYPIS.







Q. D. B. V.

CONSPECTUS DISSERTATIONIS.

§. I. Odium Germanorum in secundas nuptias recenset.

§. II. Odia Juris Canonici erga secundum matrimonium refert.

§. III. Quam exosæ fuerint Romanis secundæ nuptiæ indicat.

§. IV. Verba legis, quam enucleandam sumsimus continet.

§. V. Primum casum in lege contentum, ac unum saltim liberorum prioris thori respicientem, indicat.

§. VI. Secundum casum, supponentem plures liberos, æquales tamen portiones capientes, prodit.

§. VII. Tertium casum, inter plures liberos inæqualem successionem fingentem, profert.

§. VIII. Ea quæ supra de patre & matre allata sunt, ratione dispositionis inter liberos prioris thori in casu quarto ad avum & aviam, proavum & proaviam, respectu nepotum & neptium, pronepotum & proneptium extendit.

§. IX. Quoad casum quintum refert, quid juris sit, ratione parentum, contra legem nostram disponentium.

§. X. Mutationem Justiniani circa legem nostram, recenset.

§. XI. Disquirit, utrum dispositio legis nostræ pœna vocari possit.

§. XII. Aequitatem legis defendit.

§. XIII. An dispositio huic legi contraria in totum, an in tantum, invalida sit, indagat.

§. XIV. Quodnam tempus, in dijudicanda dispositione legi contraria, inspiciendum sit, inquirit

§. XV. Inquirit, utrum illud quod plus vitrico vel novercæ relictum, & a liberis prioris thori revocatum est, ipsis in legitimam imputari queat?

§. XVI. An supplementi legitimæ, in computanda portione vitrico vel

vel novercæ relicta, etiam ratio habenda, inquirit.

§. XVII. *An donatio facta liberis secundi matrimonii a parentibus altero illorum stipulante, invalida censenda, disquirit.*

§. XVIII. *Tradit, illud quod, ut plus relictum, a liberis prioris matrimonii, avocatur, a noverca vel vitrico non posse in divisionem vocari.*

§. XIX. *Binubum portionem suam pleno jure capere ostendit.*

§. XX. *Dispositioni legis locum esse, evincit, etiamsi liberi prioris thori & conjux defunctus in secundas nuptias consenserint, vel princeps dispensaverit.*

§. XXI. *Argumenta profert, usum fori legis impugnantia.*

§. XXII. *Responsionem dubiorum continet.*

§. XXIII. *Argumenta usum fori infringentia, removet.*

§. XXIV. *Præjudicio sententiam nostram confirmat.*

§. XXV. *Communionem bonorum, in diversis Germaniæ provinciis obtinentem, huic legi repudium dare concedit.*

§. XXVI. *Si in portione statutaria plus contineatur, quam lex nostra concedit, pariter illam exulare, observat.*

§. XXVII. *Animadvertit non usum hujus legis in Saxonia, quoniam ibi maritus heres uxoris mobiliaris est.*

§. XXVIII. *Cessare legem docet, si liberi prioris thori ad unum omnes sint exheredati.*

§. XXIX. *Cessare usum forensem legis nostræ probat, quando conjux titulo oneroso plus accepit.*

§. XXX. *Universæ tractationi colophonem imponit.*

§. I.



Non heri aut nudius tertius demum, sed a multis jam retro seculis, diversis gentibus, nuptiæ, quæ post dissolutionem prioris matrimonii celebrantur, atque secundæ audiunt, maximo habitæ fuerunt odio. Quodsi enim veterum annalium monumenta pervolvimus, ac in antiquissimis Germanorum institutis indagandis operam navamus,

TACI-

TACITUS a) nobis jam auctor est, virgines tantum nupsisse, ita, ut quemadmodum unum saltim corpus unamque vitam habuerint, ita & unum modo maritum acceperint, uniquesaltim matrimonio inhiaverint: & uti uno illo corpore vitaque pereunte, aliud corpus & vita non succedit, ita nec secundum maritum, priore defuncto, in votis habuisse. Leges Germanorum Seculo V. literarum monumentis consignatæ, idem loquuntur odium in secundas nuptias, siquidem lege Salica jubente b) duo solidi mulctæ loco solvi debent propinquis novæ nuptæ, quæ pœna dicitur reipus, cujus verbi significatum erudite docet GUNDLINGIUS. c) Mores Burgundionum, Boiorum & Longobardorum circa hanc rem multa & erudita opera ex antiquitatibus depromtos dedit Illustris BOEHMERUS d) qui per singula secula eundo nobis hac in re otium fecit, spartamque hanc præclare occupavit. Utut vero hodie secundæ nuptiæ non minus quam primæ permissæ censeantur, si vel maxime superstes defuncto perpetuam viduitatem promiserit, teste MÜLLERO e) multis tamen in locis juris antiqui supersunt vestigia, sic in urbe ac ditione Ileburgensi judici duos Schreckenbergeros (sit venia verbo) in sacco non suto, & quatuor nummos apparitori offerre compellitur vidua iterum nubens auctore DONDORFIO f). Halæ probante illustri BOEHMERO g) ejusmodi vidua sculteto bracteatum dare, ac in præfectura Giebigenstein attestatum copulandi, quod vulgo den Stech-Schein vocant, redimere tenetur, illudque pastori producendum est, aliarum regionum mores tradit DONDORF. h).

a) *de moribus Germanorum cap. 19.*
b) *Titulo 47.*
c) *in Diss. de emtione uxorem dote & morgengaba c. 1. §. 22.*
d) *in Diss. de secundis nuptiis illustrium personarum cap. 1.*
e) *in Diss. de odio secundarum nuptiarum p. 58. seq.*
f) *in Diss. de facco sine futura §. 5.*
g) *in Diss. alleg. cap. 1. §. 58. 59.*
h) *in Diss. alleg. §. 17.*

§. II.

Ab institutis Germanorum transimus ad Jus Canonicum, odia illius in secundas nuptias brevissimis indagaturi. Quodsi igitur verum fateri & quod res est dicere nos oportet, inficias ire non possumus, odia hæc a patribus ecclesiæ in Jus Canonicum migrasse, ibidemque altas radices egisse, siquidem HIERONYMVS a) viduam iterum nubentem valde execratur, canemque vocat revertentem ad vomitum, & suem lotam ad volutabrum luti, CHRYSOSTOMVS b) vero secundas nuptias vere fornicationem esse, ait. Ipsi quoque Arriani, utut hæretici, secundas nuptias improbarunt, ut auctor est EPIPHANIVS c) indeque factum est, ut JOSEPHVS TIBERIADENSIS ne ab Arrianis fieret invitus clericus, secundas nuptias contraxerit. Quid mirum rebus sic stantibus multas in Jus Canonicum in odium secundarum nuptiarum irrepsisse constitutiones? patrum enim ecclesiasticorum instituta conciliis, imo ipsis quoque Pontificibus maximis sæpissime pro norma fuerunt, Decreto pariter ac Decretalium libris hoc satis evincentibus, ac indubitatis argumentis unicuique perlegenti patentibus, magnopere corroborantibus, Huic proin origini adscribenda sanctio, ut secunda

cunda vice nubentes pœnitentiam peragant, d) ne ſacerdos convivio ſecundarum nuptiarum interſit, e) ne femina quæ duobus nupta fuit maritis ex eleemoſynis eccleſiæ, utut decrepita & egens quid accipiat, f) ne ad ſacram cœnam admittatur, g) ne bigamus vel qui viduam in matrimonium duxit ad ſacros ordines promoveatur, h) ne ſecundis nuptiis a ſacerdote benedicatur, i) utque eo magis homines a ſecundis nuptiis abſterrerentur, populus excitatus fuit, ut binubos turpiſſimo clamore & clangore, quem chavaricum appellarunt, exciperet, docente DV FRESNE k) alia odia hujus juris ſicco pede prætermittimus, inſtituti ratione longiorem recenſionem prohibente.

a) epiſt. 10. ad Furiam T. I.
b) apud Gratianum in can. 9. cauſſ. 31. quaſt. 1.
c) hareſi 30.
d) can. 8. cauſ. 31. quaſt. 1.
e) loco modo allegato §. 1.
f) loco modo allegato.
g) loco modo allegato.
h) tot. Tit. X. de bigamis non ordinandis.
i) c. 3. X. de ſecundis nuptiis.
k) in Gloſſario media & infima latinitatis voce Caria.

§. III.

Ad jus Romanum civile animum intendentes, omnia odio in ſecundas nuptias plena eſſe, deprehendimus, ita, ut mirum in modum leges civiles in coacervandis hiſce odiis conſpirent, & modo hac, modo alia ratione illas deteſtentur. Enim jamdum tempore quo Romana gens nondum CHRISTO nomen dederat, ſed gentilium idololatria adhuc conſpurcata vivebat,

vebat, multorum matrimoniorum experientiam, quasi illegitimæ cujusdam intemperantiæ signum esse crediderunt, teste VALERIO MAXIMO a) DIDO quoque apud VIRGILIVM b) extinctum pudorem famamque secundis suis nuptiis conqueritur. Invectis in orbem Romanum christianis sacris, hoc odium secundarum nuptiarum non imminutum sed auctum fuit, bigamus enim amittit proprietatem bonorum a primo conjuge in ipsum profectorum, hæcque ad liberos prioris matrimonii redit c) secundis nuptiis obligatus hereditatem quoque liberorum prioris matrimonii in se profectam, reliquis liberis integram, retento saltim ad dies vitæ, usufructu, servare, nec testando vel alienando imminuere potest d) matri ad secunda vota transeunti tutela & educatio liberorum prioris matrimonii adimitur e) binubus nequit facile donationem liberis factam ob ingratitudinem revocare f) restitutio in integrum liberis contra parentes denegata g) contra matrem tamen binubam admittitur h) testator heredi vel legatario secundas non primas nuptias prohibere potest i) vid. BRVNQVELL k) binubus pater proprio filio legatum sub die vel sub conditione solvere jussus, cautionem legatorum servandorum causa, a qua immunis est alias, præstare cogitur l) binubus vel binuba secundo conjugi non potest plus de suo conferre, quam uni ex liberis prioris matrimonii, cui minimum reliquit m) conf. Illustris de LEYSER n).

a) lib 2. cap. 1. §. 3.
b) lib. 4. Æneidos v. 322. seq.
c) l. 3. & 5. Cod. de secundis nuptiis Nov. 22. cap. 23.

d) l.

d) l. 3. §. 1. C. de secundis nuptiis.
e) l. 1. C. ubi pupillus educari.
f) l. 7. & Auth. seq. C. de revocandis donationibus.
g) l. 2. C. qui & adversus quos in integrum rest.
h) Nov. 155.
i) Nov. 22. cap. 43. 44.
k) in Diss. de conditione, si non nupserit.
l) Nov. 22. cap. 41.
m) l. 6. C. de secundis nuptiis Nov. 22. Cap. 27.
n) in Meditationibus ad Pandectas spec. 300. med. 1.

§. VI.

Missis aliis odii hujus speciebus, eam solum, cujus ultimo loco mentionem injecimus, sub incudem revocandam sumsimus, & cum fundamenti loco in tota hac tractatione ponenda sit, non abs re erit, si illius tenorem prout Impp. LEO & ANTHEMIVS a) illam sanciverunt hic inseramus, sunt autem verba legis sequentia: *Hac edictali lege in perpetuum valitura sancimus, si ex priore matrimonio procreatis liberis pater, materve ad secunda vel tertia, aut ulterius repetiti matrimonii vota migraverit, non sit ei licitum novercæ vel vitrico, testamento vel sine scriptura, seu codicillis, hereditatis jure, sive legati sive fideicommissi titulo plus relinquere, nec dotis aut ante nuptias donationis nomine, seu mortis causa habita donatione conferre, nec inter vivos conscribendis donationibus (quæ etsi constante matrimonio civili jure interdictæ sint, morte tamen donatoris ex certis causis confirmari solent) quam filio vel filiæ, si unus vel una extiterit. Quodsi plures liberi fuerint, singulis æquas partes habentibus, minime plus, quam ad unumquemque pervenerit, ad eorum liceat vitricum novercamve transferri. Sin autem non ex æquis portionibus ad*

 eos-

eosdem liberos memoratæ transierint facultates, tunc etiam non liceat plus eorum novercæ vel vitrico testamento relinquere, vel donare, seu dotis vel ante nuptias donationis titulo conferre quam filius vel filia habet, cui minor portio ultima voluntate relicta, vel data fuerit aut donata, ita tamen ut quarta pars quæ iisdem liberis debetur ex legibus, nullo modo minuatur, nisi ex causis, quæ de inofficioso excludunt querelam. Quam observationem in personis etiam avi vel aviæ, proavi & proaviæ, nepotum vel neptium, item pronepotum vel proneptium sive in potestate, sive emancipati emancipatæve sint, ex paterna vel materna linea venientibus, custodiri censemus; Sin vero plus quam statutum est, novercæ vel vitrico relictum, vel donatum aut datum fuerit, id quod plus relictum vel donatum aut datum fuerit, tamquam non scriptum, neque derelictum, vel donatum aut datum sit, ad personas transferri liberorum, & inter eas dividi jubemus, omni circumscriptione, si qua per interpositam personam, vel alio quocunque modo fuerit excogitata cessante, conf. GOTHOFREDVS b) Ejusdem fere tenoris est constitutio JVSTINIANI quare operæ pretium non erit, illam nominatim inserere.

a) l. 6. C. de secundis nuptiis.
b) in notis ad legem citatam.
c) in Nov. 22. cap. 27.

§. V.

Quinque nisi omnes fallimur hac in lege circa hanc rem continentur casus, quorum singularium recensionem melioris ordinis & doctrinæ causa in medium proferendam duximus. Primo Legislatores volunt, conjuges ex priori matrimonio procreato filio vel

vel filia gaudentes, ad secunda vota vel ulteriora transeuntes, nulla ratione sive per donationem inter vivos, sive quacunque specie ultimæ voluntatis plus de suo patrimonio in alterum conjugem, qui habito respectu ad liberos prioris matrimonii vitricus vel noverca audit, conferre debere, quam ex priori matrimonio superstes filius vel filia accepit ex substantia patris vel matris, ex quo sponte sua sequitur, mentem Legislatorum fuisse, vitricum vel novercam non melioris conditionis esse debere, quam filium vel filiam ex priore matrimonio provenientem, quodsi igitur ejusmodi filius vel filia legitimam saltim ex substantia patris vel matris acceperit, noverca vel vitricus pariter hac portione contenti vivere debent, quodsi plus legitima consecuti fuerint, vitricus vel noverca eandem portionem a conjuge in se collatam permittentibus legibus accipere possunt.

§. VI.

Secundus casus in lege nostra contentus a primo non multum differt, sed in eo solum differentia deprehendenda, quod in primo tantum una persona, nempe filius vel filia præsupponatur cum vitrico vel noverca concurrens, hic vero plures finguntur adesse liberi, iidemque omnes ad unum æquales portiones capientes, quo existente casu mens legis est, vitricum vel novercam non plus debere capere quam isti liberi æquali modo inter se succedentes, ex quo prono fluit alveo, liberis hisce in legitima solum institutis, vitrico vel novercæ non plus conferri posse, quam portio legitima respectu singulorum efficit. Ad singulos enim

non ad universos respiciendum est, ponamus igitur casum quatuor, tres vel duos ex priori matrimonio prognatos adesse liberos, tunc juxta illud vulgatum:

Quatuor aut infra dant natis jura trientem

portio quæ conjux in novercam vel vitricum conferre potest, non potest summam excedere, quam quæ ex triente ad unum horum liberorum pervenit; Quodsi vero quinque vel plures adsint liberi, juxta illud notissimum:

Semissem reliquis dant natis jura vel ultra,

noverca vel vitricus non possunt plus capere ex substantia conjugis, quam unus ex his liberis ex semisse percepit. Quando autem hi plures exstantes liberi æqualiter succedentes plus capiant legitima, integrum erit conjugi in secundis votis subsistenti, ejusdem portionis legitimam excedentis, quam unus horum liberorum percepit, vitricum vel novercam participem reddere, cum juxta hunc casum tam hæc quam illa cum liberis prioris matrimonii in capita succedere possit, ex legis nostræ dispositione.

§. VII.

Tertius casus legis nostræ a secundo in eo diversus deprehenditur, quod secundus præsupponat plures extantes liberos omnes æquis portionibus succedentes & a patre vel matre quoad capienda bona ex illorum patrimonio invicem exæquatos, ille vero fingit inter plures extantes liberos inæqualem ex parentis dispositione adesse successionem, ita ut unus alterum vel plures unum quoad capiendam portionem superent, quo in casu lege nostra jubente vitricus vel noverca non plus de substantia

ſtantia conjugis capere poſſunt, quam unus liberorum, qui minorem portionem accepit, minor vero portio iſta intelligitur quæ legitimam continet, utpote quæ liberis nullo poteſt modo a parentibus adimi vel minui, niſi ex cauſa legibus probata ac ab Imperatore JUSTINIANO a) ſpeciatim recenſita, ex quo non poteſt ſequi non, vitricum vel novercam eam omnino capere portionem poſſe, quæ exæquat portionem, quæ ex legitima ad unum horum liberorum pervenire debuit, licet de facto ad unum illorum minus pervenerit, cum ſemper in ejusmodi caſibus dijudicandis ad id reſpiciendum ſit, quod juxta legum præſcriptum fieri debuit, neutiquam vero quod de facto contigit. Et cum lex noſtra quartam tantum univerſæ hereditatis partem legitimam liberorum agnoſcat, conſtet autem deinde legitimam liberorum auctam eſſe b) ita ut pro numero liberorum tertiam vel dimidiam partem, portionis ab inteſtato debitæ, conſtituat, nullum quoque ſupererit dubium, quin etiam intuitu portionis a vitrico vel noverca acquirendæ, auctæ hujus legitimæ ratio habenda ſit.

a) Nov. 115. c. 3.
b) Nov. 18. c. 1. & Auth. Noviſſima C. de inoff. teſt.

§ VIII.

Quartus caſus ratione diſpoſitionis nihil diverſi continet a prioribus, ſed ea quæ in prioribus de patre & matre in medium prolata ſunt, etiam ad avum & aviam, ad proavum & proaviam extendit, nec minus ea quæ de liberis ſancita fuerunt, etiam locum habere vult in nepotibus & pronepotibus, ut & neptibus &

proneptibus, nulla habita differentia, utrum liberi hi primi, secundi vel ulterioris gradus, adhuc in sacris paternis sint constituti, utrum vero emancipati, nullo quoque attento discrimine lineæ paternæ vel maternæ. Quæcunque igitur juris sunt circa patrem vel matrem ad secunda vota transeuntes, etiam juris sint necesse est circa avum vel proavum, aviam vel proaviam secundo nubentes, & quanta portio conferri potest a patre in novercam & a matre in vitricum, tanta portio etiam transferri potest ab avo vel proavo, avia vel proavia in conjugem cum quo in secundis vel tertiis nuptiis vivit; eodem quoque modo, quo patri & matri in alterum conjugem non plus licet conferre, quam unus liberorum & respective ille qui minimum accepit, consequitur, ita etiam avo & proavo, aviæ & proaviæ non liberum est plus relinquere alteri conjugi, quam unus ex nepotibus vel pronepotibus, neptibus vel proneptibus cui minimum relictum est, accipit, cum vero ei minimum rationem habere debeat legitimæ & quidem auctæ in liberis, ita etiam rationem habebit eandem in legitima nepotum & pronepotum.

§. IX.

Quintus casus supponit patrem vel matrem contra legis hujus sancita disponentes, & novercæ vel vitrico plus de substantia sua relinquentes quam juxta normam hanc relinquere debuissent, ac præcipit hæc lex, ut ea, quæ supra hunc modum vitrico vel novercæ a patre vel matre data vel relicta sunt, pro non datis ac non derelictis haberi debeant, substantia illorum ad liberos prioris matrimonii revertente, interque eos æquali-

æqualiter dividenda, omni fraude per interpositam personam penitus cessante ac procul esse jussa. Ex quo apparet omnia hæc in favorem liberorum prioris matrimonii esse sancita, utpote quibus per secundas nuptias maximum utplurimum infertur præjudicium, quare etiam æquitati consentaneum est, ut illud quod plus justo ad novercam vel vitricum pervenit, ad eos revertatur, æquali divisione inter illos juxta numerum personarum instituenda, partienda. Notanter vero dicitur in lege nostra, *id quod plus relictum vel donatum aut datum fuerit*, ex quibus verbis elucet, non omnem substantiam vitrico vel novercæ relictam, existente casu, quo conjux plus justo reliquit illis, ad liberorum prioris matrimonii divisionem pertinere, sed eam tantum, quæ modum lege hac determinatum excedit. Liberorum quoque est mediante actione desuper instituenda contra novercam vel vitricum plus justo accipientes experiri, ac illud plus datum repetere, licet enim lex dicat hæc pro non scriptis & non relictis habenda ac per consequens nulla esse, intelligitur tamen hic nullitas non absoluta, sed hypothetica, quod ex eo apparet, quia lex favorem liberorum respicit, favori autem non solum expresse sed & tacite renuntiari potest. Ultima legis nostræ verba omnem huic legi faciendam fraudem prohibent, variis enim fieri potest modis, ut quis per indirectum mentem legis circumveniat, licet contra expressa verba illius non peccare videatur, verba siquidem cum effectu sunt accipienda, pertinet v. g. huc, quando aliquis extraneo per modum fideicommissi hereditatis partem, addita lege assignet, ut elapso tempo-

re

re quodam vitrico vel novercæ illud restituere debeat, si quis autem ex liberis prioris matrimonii fraudem hoc modo sibi factam alleget, fraudem probet necesse est. a)

a) C. 20. X. de rescriptis.

§. X.

Omnes, qui primas saltim Historiæ Juris civilis lineas duxerunt, probe cognitum habent, quam pronus in corrigendis ac iterum iterumque emendandis legibus Imperator noster JVSTINIANVS fuerit, & quam incertam non solum eo ipso reddiderit jurisprudentiam, sed etiam illius studium sine sufficiente ratione valde difficile effecerit, quid mirum igitur quod ejusmodi inconstantiam etiam ratione legis modo enucleatæ in illo deprehendamus. Ea siquidem quæ in lege nostra disponuntur, de portione a conjuge vitrico vel novercæ plus justo relicta, inter liberos prioris matrimonii æquis partibus dividenda, mutavit, & in lege nostram sequente nona a) in alia omnia eundo præcepit, ut totum illud quod ultra modum ad vitricum vel novercam ex mente conjugis in secundis votis viventis pervenire debuit, tanquam non datum liberis non prioris solum, sed utriusque matrimonii applicari debeat, in capita inter illos dividendum. Imperatorem hic humani aliquid passum esse, non solum ex eo colligere licet, quod veram, hæc statuendo, legis nostræ rationem, in favore liberorum prioris matrimonii consistentem, incognitam habuerit, ac eapropter contrarium statuerit, sed etiam, quod per Novellam 22. cap. 27. legem nostram postliminii jure quasi restituendam

dam cenſuit, ac Imperatoris LEONIS legem noſtram ſancientis, æquitatem antea non agnitam, laudibus condignis proſecutus eſt, illiusque legem antea a ſe quoad hoc caput correctam, diſertis & iisdem fere verbis in Novella ſua in medium profert, ſimulque probat, falcem criticam non ſemper felicibus auſpiciis in reformandis legibus a ſe fuiſſe adhibitam.

a) l. 9. C. de ſecundis nuptiis.

§. XI.

Varios nunc in lege noſtra contentos caſus, ut & quæ circa illius mutationem & reductionem ad priſtinam formam contigerunt, pro inſtituti ratione indagavimus, hinc non immerito in disquiſitionem venit, utrum diſpoſitio hujus legis, odium ſecundarum nuptiarum redolens, pœna dici mereatur? Nos equidem non fugit, pœnam recte animadvertente GROTIO a) eſſe malum paſſionis, quod infligitur ob malum actionis, ille autem qui ad ſecunda vota tranſit, verſatur in relicita, nec committit ut cum GROTIO loquamur malum actionis, rei licitæ etiam nulla eſt pœna: omnia hæc ſeſe recte habent, ſi pœnam proprie & ſtricte ſic dictam intelligamus, verum enim vero in ſenſu improprio odium hocce pœna vocari quoque poteſt, utuntur enim hac notione non ſolum Doctores, ſed ipſe quoque Imperator JUSTINIANUS b) beneficia hæc liberorum priorioris matrimonii pœnas appellat, nec hoc contra uſum aliarum legum dictum eſt, ſiquidem leges ſæpe in factis per ſe licitis pœnas admittunt c) quod tunc præcipue animadvertimus, quando factum legibus eſt inviſum quidem, ſed ita

comparatum, ut ratio ſtatus, vel metus majoris mali, omnimodam prohibitionem non ſuadeant, originem hinc traxit, quod quædam negotia a legibus odio habeantur, & ea quæ alias juris communis ſunt, ratione illorum ceſſent, quo ipſo leges illarumque latores declarant, ſibi in votis eſſe, ut ejusmodi facta quantum fieri poteſt evitentur conf. de LEYSER d)

a) de jure belli & pacis lib. 2. cap. 20. §. 1.
b) in Novella 2. cap. 2. §. 1. & cap. 3.
c) exemplum adeſt in l. unica C. de his quæ pœnæ nomine.
d) in Medit. ad ff. ſpecim. 300. med. 4.

§. XII.

Quod ad æquitatem noſtræ legis attinet, varia contra illam moveri poſſe videntur dubia, cum enim illa non prohibeat, ſed potius ut ex aliis legibus colligi poteſt, liberum relinquat, conjugibus ad ſecunda vota tranſeuntibus, ut plus extraneo poſſint teſtamento vel alia ratione relinquere quam liberis prioris matrimonii contulerunt, cum tamen conjux quaſi una caro ac utriusque fortunæ conſors habeatur, & hinc non deterioris conditionis haberi debeat, quam extraneus, utpote qui tantas moleſtias quæ conjux cum conjuge tolerandas habet, non fert, accedit, quod libertas teſtandi, alias in jure favorabilis, eo ipſo conſtringatur, ac favor liberorum prioris matrimonii, qui cauſam & animam legis noſtræ conſtituit, eo ipſo non promoveatur, dum extraneo plus quam illis a parentibus relinqui poteſt: verum enim vero ſalva res eſt, nihilque iniqui hanc alere ſanctionem, animadvertemus, quodſi ad diverſitatem rationis animi aciem intendamus, alia enim

enim ratio militat in vitrico & noverca, quæ ad extraneum applicari nequit, scilicet experientia convincimur, patres utplurimum novercalibus delinimentis & instigationibus in necem liberorum prioris thori corrumpi, & matres binubas maximam partem immoderatas & intemperantes novis maritis res proprias, neglectis defraudatisque liberis suis cum vita ipsa addicere solere. Quamvis enim non omnes conjuges binubi, novercæ & vitrici uno eodemque modulo metiendi sint, ac in unam eandemque classem referendi, neminem tamen latet, leges de eo quod utplurimum & sæpe accidit, condi a) nec vim suam obligandi universalem amittere, etiamsi in uno vel altero subjecto ratio legis cessare videatur vid. TIRAQVELLVS b) cum igitur hæc ratio ad extraneum applicari nequeat, hinc etiam eadem legis dispositio locum habere nequit; neque etiam favor testandi hac lege constrictus, durum aliquid importat, cum illum restringi justissimum ac æquissimum sit, quando apparet, testatorem vanis affectibus duci, & libertate sua contra immerentes abuti, quæ ratio etiam HOSPITALIVM Galliæ cancellarium teste Illustri de LEYSER c) movit, ut hanc nostram legem diu in Gallia neglectam nova lege renovaret & confirmaret. Nec potest dici favorem liberorum per id, quod extraneo plus possit conferri quam filio vel filiæ, neglectum fuisse, quis enim non videt, ejusmodi machinationes liberis ab extraneis non esse metuendas, quæ a vitrico vel noverca metui possunt, quare etiam hic diversam militare rationem, nemo non videt. Et fac etiam legem hanc quodammodo

 duram

duram videri, nostrum tamen non erit, de ea judicare, sed secumdum eam, quis enim est, quem fugiat, Jure consultos & judices solum esse interpretes & ministros legum, quorum studium omne debet esse ad id directum, ut leges recte explicentur & probe custodiantur, neutiquam vero per contrariam interpretationem sensus earundem enervetur?

a) l. 4. 5. 6. 10. 12. ff. de legibus.
b) in tractatu cessante causa.
c) in Medit. ad ff. spec. 300. med. 9.

§. XIII.

Existente autem casu, quo conjuges in secundis votis constituti, positos sibi in lege nostra terminos transilierunt, atque secundo conjugi plus reliquerunt, quam uni ex liberis qui minimam accepit portionem, indagandum erit utrum omnis ejusmodi dispositio invalida ac pro non facta habenda sit? quod merito negatur, ac ex parte §. 9. jamdum negatum, cum juris principiis conveniens sit, ut utile per inutile non vitietur, ea igitur ejusmodi dispositionis capita, quæ sustineri possunt, omnino sustinenda sunt. Fac ergo patrem binubum in pactis dotalibus constituisse, ut secunda uxor fundum, potissimam patrimonii sui partem retineat, & liberis prioris matrimonii certam pecuniæ summam exsolvat, atque in hanc dotem & donationem propter nuptias, quas liberi a vivo parente acceperant, imputet, finge etiam, istam summam, quam noverca privignis solvere tenetur, minorem esse lucro, quod illa ex prædio retento consequitur, nequit profecto contra legem nostram hoc firmo stare talo, ast propterea reliqua pactorum dotalium capita nulla non

sunt,

sunt, retinet itaque noverca fundum, deducit etiam in judicio familiæ herciscundæ id, quod privigni a vivo patre acceperunt, utrumque enim patri sic ordinare per leges integrum fuit, saltim pecuniæ summam augere debet noverca, ut lucrum sibi attributum exæquet, & hinc recte rationes subduxerunt JCti Helmstadienses apud Illustrem de LEYSER a) in verbis: Der Beklagten ist in der Ehestifftung das gantze Guth zugeschlagen worden; Nun könte zwar der Vater nach Verordnung derer Rechte in *l. 6. de secundis nuptiis* nach welchem lege an den Orten, wo er nicht ausdrücklich aufgehoben ist, noch allezeit gesprochen werden muß, der Beklagten nicht mehr als einem Kinde erster Ehe zuwenden; Allein dadurch, daß er ihr mehr beschieden, gehet doch die gantze Ehestifftung nicht zu Grunde, sondern ist in so weit gültig, daß Beklagte zuförderst ihr eingebrachtes hinweg nehmen, nachgehends ein Kindes-Theil fodern, auch das Guth selbst, dem väterlichem Willen zufolge, behalten, und den Kläger mit Gelde abfinden, anbey ihm dasjenige, was er und seine Schwester zur Ausstattung bekommen, kürtzen kan.

a) in Medit. ad ff. specim. 300. med. 11.

§. XIV.

Ut vero sciatur, an vitricus vel noverca plus habeant, ante omnia tempus erit disquirendum, ad quod in dijudicanda hac quæstione est respiciendum. Quodsi igitur legibus præeuntibus a) ad hanc quæstionem respondemus, non tempus matrimonii secundi, non testamenti aut donationis, sed mortis parentis nuptias iterantis est inspiciendum, quod magnum facit momentum in diminutione vel augmento bonorum post-

ea contingente, uti etiam in ineunda Falcidiæ ratione & aliis plerisque caufis mortis tempus fpectatur. Nec obftat, aliam legem b) fpectandam velle tempus donationis non mortis, agit enim illa de diminutione dotis, vel donationis propter nuptias conftante matrimonio, quæ fieri non poteft a parente nuptias iterante, exftantibus liberis prioris matrimonii, ne fcilicet fiat fraus legi noftræ. Præterea non repugnat, parentem ad fecundas nuptias transeundo, donationem propter nuptias, vel dotem ad fe reverfam, non cogi fervare liberis prioris matrimonii c) quodque fic donatio vel dos omnis fervire poffe videatur fecundis nuptiis quoque, id enim verum eft, fi parens alia bona habeat, præter donationem propter nuptias, vel dotem, ex quibus tantundem liberis præftiterit, quantum novo conjugi dederit vel reliquerit. Sin autem præter dotem aut donationem propter nuptias nihil in bonis habeat, eo cafu virilem portionem folum in fecundum conjugem transferre poteft, conf. PEREZ d).

a) *Novella 22. cap. 28.*
b) *l. 19. C. de donationibus ante nuptias.*
c) *l. 18. C. de donationibus ante nuptias.*
d) *ad Codicem lib. 5. tit. 9. num. 18.*

§. XV.

Si liberis prioris matimonii minus legitima portione fit a parentibus relictum, certum eft eos fupplementum petere poffe, nec minus extra omnem dubii aleam ex modo demonftratis pofitum eft, illud quod novercæ vel vitrico jufto plus relictum eft, a liberis avocari poffe, hinc non immerito indaginem meretur illa

illa quæstio, an illud plus a liberis hoc modo revocatum, in legitimam ipsis debitam imputandum sit? quod omnino negandum erit, utrumque enim lege nostra continetur, scilicet quod nullo modo legitima ipsis debita possit imminui, & insuper quod secundo conjugi plus est relictum, ad personas liberorum deferri, & inter eos dividi debeat, diverso quoque jure hæc liberis prioris matrimonii debentur, legitima siquidem illis debetur cum sint liberi, quod autem avocatur a vitrico vel noverca illud habent a lege ita disponente, ob transitum patris vel matris ad secundas nuptias. Nec obstat, leges velle, ut ea imputentur liberis in legitimam quæ habent ex substantia patris, a) ea vero quæ hoc modo avocantur ex substantia parentum esse, & hinc in legitimam imputanda venire, constat enim ea non in legitimam imputari, quæ, licet ex substantia parentum proficiscantur, adventitio tamen jure a liberis acquiruntur, veluti ex jure accrescendi, ex substitutione & similibus b) hoc autem lucrum ad liberos pervenit extrinsecus, ex eo nempe quod parenti secundæ nuptiæ arriserint & vitrico vel novercæ plus reliquerit, adeoque directe illud a parente non habent, sed potius contra ipsius intentionem, quæ huc directa fuit, ut vitrico vel novercæ per id prospiciatur. Quare lex supra excitata eum in modum est intelligenda, in legitimam imputanda ista esse, quæ ex intentione parentum vel tacita vel expressa ad liberos proficiscuntur, v. g. ex dote, donatione propter nuptias, similibusque, conf. FACHINÆUS c).

a) l. 36. C. de inofficioso testamento, in verbis: repletionem seq.

b) lex

b) *lex modo allegata, in verbis: humanitatis etenim gratia seq.*
c) *controversiarum juris libro 3. cap. 70.*

§. XVI.

Supra §. VI. defensum ivimus, si aliquis liberorum in legitima solum fuerit institutus, vitricum vel novercam etiam non plus capere posse, ac hujus legitimæ rationem adeo esse habendam, ut non respiciatur ad id quod revera factum est, sed quod fieri debuisset: Ponamus igitur casum, liberos omnes vel saltim unum illorum portionem legitimam non omnem consecutos; ad supplementum legitimæ illum vel illos agere posse, nemo negabit, quare etiam in vitrico & noverca hujus supplementi legitimæ, ratio habenda erit. Licet enim lex nostra dicat, tantum posse relinqui vel donari vitrico vel novercæ, quantum uni ex liberis relictum, atque adeo videri posset, illud quod ex supplemento ad liberos pervenit, pro relicto a parentibus non habendum esse, attamen si accuratius inspiciamus legem nostram, sententiam hanc firmo non stare talo deprehendemus, siquidem per verbum PERVENERIT maxime juvatur sententia nostra, quoniam ad filium vel filiam, quibus minus est portione legitima relictum, supplementum ejus perventurum est tunc, quando actione legibus prodita ad illud consequendum experientur. Neutiquam igitur rem acu tetigit SALICETVS a) putans, vitrico vel novercæ non amplius relinqui posse, quam in filium est collatum, nulla habita ratione, quod filius possit supplementum petere & consequi, cum si locum haberet sententia a nobis defensa, nunquam haberet vitricus minus legitima filio debita,

quod

quod tamen falſum, & expediti juris ſit, portionem liberorum non menſurandam eſſe ex portione vitrici vel novercæ, ſed potius portionem vitrici vel novercæ menſurandam ex portione liberorum; petit hoc argumentum id quod eſt in principio, ſiquidem conjugi ſemper integrum eſt minus relinquere novercæ vel vitrico, quam quod legitima liberorum importat, agimus enim hic de eo ſolummodo caſu, quo plus reliquit conjux novercæ vel vitrico, quam importat legitima unius ex liberis, & quo unus ex liberis minorem ex diſpoſitione parentis portionem, quam quæ legitimam conſtituit, accepit, & defendimus, quod ſicuti ejusmodi filius vel filia illud quod deeſt legitimæ adhuc per modum ſupplementi accipere debent, ita etiam illam portionem, quam computato nunc illo ſupplemento habent liberi, ad vitricum vel novercam pervenire debere, licet eam non accipiant, quam ex intentione conjugis habituri erant. Ex quo apparet, conjuges quidem plus relinquere poſſe liberis prioris matrimonii, quam vitrico vel novercæ, ſed plus vitrico vel novercæ relinqui non poſſe, quam liberis prioris matrimonii, vid. FACHINÆVS b).

a) in Comment. ad l. 6. C. de ſecundis nuptiis quæſt. 7.
b) Controverſiarum juris libro 3. cap. 67.

§. XVII.

Omnem contra legem noſtram exulare debere machinationem & circumſcriptionem per interpoſitam perſonam, verba finalia clare innuunt, hinc operæ pretium erit, indagare, utrum etiam in cenſum hunc referendus ſit caſus quando conjux in conjugio ſecundo

constitutus alteri conjugi quidem non plus donet, sed liberis secundi matrimonii patre vel matre stipulante? in regula casum hunc huc referendum esse, negamus; quia conjux secundo nubens plus conferre potest liberis secundi matrimonii, quam liberis primi matrimonii, dummodo his legitimam portionem servet, hinc cessat effectus legis nostræ quia conjux non vitrico vel novercæ, sed liberis hoc confert. Si vero solummodo sit color hoc modo quæsitus, ut lex circumveniatur, & id actum vel tacite vel expresse, ut vitricus vel noverca emolumenti aliquid sentiret, id veluti in fraudem legis factum, validum non est, si vero liberis duntaxat commodum fuerit quæsitum, nihil obstat, quo minus conjux alterius conjugis ministerio uti possit, cum etiam extraneus ad hoc negotium adhiberi potuisset. Quare hoc in casu idem respondemus, quod JCtus MARCELLVS a) respondit sequentem in modum: Mulier, quæ ad communem filium volebat, qui in potestate patris erat, post mortem patris fundum pervenire, eum patri tradidit, uti post mortem restituatur filio: Quæro, an donatio tibi videatur, ut nihil agatur? an valeat quidem, sed mulieri potestas datur, si noluerit, eum repetere? Respondit, si color vel titulus (ut sic dixerim) donationi quæsitus est, nihil valebit traditio, id est, si hoc exigit uxor, ut aliquid ex ea re interim commodi sentiret maritus, alioquin si solo illius ministerio usa est & id egit, ut vel revocare sibi liceret, vel ut res cum omni emolumento, per patrem postea ad filium transiret, cur non idem perinde sit ratum, ac si cum extraneo tale negotium contraxisset, hoc est extraneo

traneo

traneo in hanc causam tradidisset? Ex variis vero circumstantiis & causarum figuris certa regula non comprehendendis, cognoscendum ac dijudicandum erit, utrum fraus sit legi facta nec ne? conf. FACHINÆUM b) prudentia judicis igitur hic omne punctum feret.

a) l. 49. ff. de donationibus inter virum & uxorem.
b) controversiarum juris libro 3. cap. 66.

§. XVIII.

Quodsi plus collatum sit vitrico vel novercæ a parentibus in secundis votis viventibus, GLOSSA a) putat, hoc non esse dividendum inter solos liberos primi matrimonii, ex eo fundamento, quia lex permittit, ut vitrico vel novercæ tantum relinquatur, quantum ipsis liberis prioris matrimonii, atque adeo portionem virilem de hoc plus relicto etiam tribuendam esse vitrico vel novercæ. Sed quis est, quem fugiat, quam insulsis sæpe interpretationibus Glossa usa fuerit, & quam destituta fuerit subsidiis ad rectam interpretationem necessariis ac utilibus? Quare nobis quoque religio non erit, ab illius interpretatione recedendi, ac meliora edocti, contrariam sententiam amplectendi, per verba enim: *Ad personas deferri liberorum, & inter eas dividi jubemus*, aperte indicatur, totum quod plus est, dividendum esse inter liberos prioris matrimonii æquis partibus, lege igitur tacente, vitricus & noverca non possunt adjungi eisque partes adscribi. Utut enim lex permittat, ut tantum habeant vitricus & noverca, quantum ad unum liberorum pervenit, nihilominus tamen in casu quo plus illis relictum diserte statuit, id omne ad liberos transferri, nulla vitrici aut novercæ mentione injecta, recte ita rationes subducente FACHINÆO b).

a) *ad l. 6. C. de secundis nuptiis.*
b) *Controversiarum juris libro 3. cap. 69.*

§. XIX.

Binubum proprietatem bonorum a primo conjuge ad se profectorum amittere, ac liberis prioris matrimonii cum aliis liberis succedentem, usumfructum saltem bonorum a primo conjuge profectorum consequi, supra §. III. evicimus, hinc dubitatum fuit, an binubus portionem filialem secundo conjugi pleno jure & quoad proprietatem relinquat, an vero solum quoad usumfructum? Quodsi legem nostram inspicimus, ibi altum est de restrictione ad usumfructum silentium, hinc quin binubo proprietatem adsignemus, nullum nobis hæret dubium, leges enim §. III. excitatæ, solum agunt de illis bonis, quæ superstes conjux a defuncto accepit, neutiquam vero de iis, quæ conjux liberis prioris matrimonii gaudens ad secundum conjugem transferre cupit, quare a diversis ad diversa nulla illatio fieri potest, prouti præjudicio illustravit hoc Illustris de LEYSER a) in verbis: Diesemnach stehet der Frau frey, ihren andern Mann in filiali portione pleno jure zum Erben einzusetzen.

a) *in Meditat. ad ff. spec. 300. med. 12.*

§. XX.

Ea quæ in lege nostra de conjuge binubi vel binubæ in odium secundarum nuptiarum disposita sunt, & in favorem liberorum prioris matrimonii cedunt, locum quoque habent, si liberi prioris matrimonii consensum dederint in secundas patris vel matris nuptias, eo ipso enim non intulerunt sibi præjudicium, quo beneficii hujus legis non amplius participes sint, nulla le-

ge

ge ea propter illos hoc beneficio privante, neque ratione aliud ſuadente, neutiquam enim liberi peccant conſenſum in ſecundas nuptias dando, quas, etſi vellent, prohibere tamen non poſſunt, qui vero contradicendo actum impedire non poteſt, nullum conſentiendo ſibi infert præjudicium, præſertim cum ejusmodi conſenſus nullam adhuc inferat juris renunciationem, quæ in dubio non intelligitur & eſt ſtrictæ interpretationis. Quare ut maxime filii ejusmodi nuptiis conſentientes injuriam ſibi factam remiſiſſe videantur, non tamen legibus renuntiaſſe cenſentur, in illos ſumma ratione & æquitate beneficia conferentibus & lucra. Idem quoque ſtatuendum eſt, de conjuge ſecundo nubente cum conſenſu prioris mariti & uxoris, uti enim ejusmodi conjux liberam a Deo poteſtatem habet, ad ſecundas nuptias transeundi, ita etiam non peccat conjux conſenſum dando in id, quod etiam deficiente illius conſenſu, effectui dari poteſt, conſentit enim in id, quod prohibere non poteſt, neque etiam dici poteſt ejusmodi conjugem conſenſum dando præjudicium liberis inferre vel poſſe, vel velle, cum ob ceſſantem poſt mortem omnem patriam poteſtatem, id fieri non poſſit, neque etiam poteſtas patria ea, quæ in legibus in favorem liberorum ſancita ſunt, evellere debet. Eadem quoque legis noſtræ diſpoſitio locum habebit in matre minore annis 25. ad ſecunda vota transeunte, licet enim mater minor ſecundo nubens, liberorum ſucceſſione non privetur, quibus de tutore non proſpexit a) id tamen invitis legibus de caſu ad caſum extenditur, ita ut potius inferendum ſit, exceptionem firmare regulam in

casibus non exceptis. Denique etiam idem erit asserendum de muliere dispensatione principis interveniente, secundo nubente. Nos quidem non latet, mulierem impetrare posse, secundum legum civilium normam, ut, licet ad secunda vota transeat, dignitate tamen prioris viri fruatur, Principe hoc volente b) attamen & quoad dispensationem extensio de casu ad casum locum non habet, sed stricta adhibenda est quoque interpretatio, id quod ipsa definitio dispensationis, quam Illustris BOEHMERVS c) tradidit, infert, est enim provida & gratiosa legis prohibitivæ vel præceptivæ a legislatore facta relaxatio in certo & peculiari casu, ut hic citra exemplum tamen licite & valide fieri vel omitti queat, qui alias faciendus & omittendus erat ex legis præscripto. Cum itaque dispensatio hæc unicum casum solummodo excipiat, dispensationis vero a lege nostra lex excitata nullam faciat mentionem, facile evanescet hæc sententia, conf. FACHINÆVS d).

a) l. 2. C. si adversus delictum. *b) l. ult. ff. de Senatoribus.*
c) in Diss. de jure dispensandi in caus. tam sacr. q. prof. sect. 1. c. 1. §. 9.
d) controversiarum juris libro 3. cap. 68.

§. XXI.

Quod ad usum fori legis nostræ attinet, haut desunt, qui contendunt, illam tamquam secundis nuptiis infestam, in foris germaniæ nunquam receptam esse, nec secundum eam pronunciare licere, præsertim cum conjugis libertatem disponendi restringat, liberamque testandi facultatem adimat, gratitudinis suæ, ob præstitum amorem conjugalem & omnis vitæ consortium, erga superstitem exercendi officium impediat; Praeterea

rea

rea absurdum videri, maritum qui ad secunda migravit vota, legitima prioris matrimonii liberis relicta, reliquam omnem substantiam extraneis legare, per fideicommissum relinquere, aut alio modo in alios transferre posse, uxori vero suæ ultra filialem portionem relictum invalidum & ipso jure nullum censeri; cessare insuper sanctionum harum Romanarum rationes apud Germanos, scilicet secundarum nuptiarum odia, vel ipso Jure Canonico, in praxi notorie recepto, sublata a) neque feminas hodie adeo immoderatas esse & intemperatas, ut, quod Romanis erat frequentissimum, novis maritis non solum res proprias, neglectis & defraudatis liberis, sed etiam ipsorum liberorum res & vitas addicant, neque patres binubos delinimentis novercalibus & instigationibus ita semper corrumpi solere, ut maligne in necem liberorum prioris thori disponant; denique ad fori Germaniæ usum provocant, qui legis nostræ non usum perquam clare proderet, quandoquidem hunc non usum in provinciis Saxoniæ tam Electoralibus quam Ducalibus variis adjectis præjudiciis testati sunt JCti magnam nominis famam adepti CARPZOVIUS b) BERLICHIUS c) BERGERUS d) & WERNHERUS. e) Quid quod JCti Halenses idem de universis Germaniæ foris adstruere non dubitarunt, in Sententia ad requisitionem Senatus Brunsuicensis anno 1706. mense Augusto lata, ita quidem, ut actori in hac lege se fundanti, probationem receptionis injunxerint, uti verba a modo laudato WERNHERO f) in rationibus decidendi adducta, innuunt: Im übrigen, was Klägere wieder das Testament *ex l. 6. C. de secundis nuptiis* anfüh-

anführen, unerheblich, indem dieser lex in Teuschland nach derer bewährtesten Rechts-Lehrer Meynung nicht recipirt ist, und ein Vater denen Kindern mehr, als die legitimam zu lassen nicht schuldig, folglich kläger erst, daß solcher lex in Braunschweig in praxi recipiret, und darnach gesprochen worden, erweisen müssen.

a) cap. 4. & 5. X. de secundis nuptiis.
b) parte 2. const. 45. def. 17.
c) parte 3. concl. 29. n. 26.
d) in œconomia juris pag. 117.
e) parte 3. obs. 55. num. 3. & 4.
f) parte 3. obs. 120. num. 4.

§. XXII.

Ast, quod pace horum JCtorum dictum sit, horum argumentorum autoritas non usque adeo suo valitura est momento, ut legem nostram facile vincat, & ejus usum in foris Germaniæ prorsus tollat, docentibus enim SCHILTERO a) STRYCKIO b) LYNCKER c) Jus Romanum in integro suo complexu, in Germania in subsidium, salvis statutis, legibus provincialibus, & consuetudinibus tam universalibus quam particularibus, in Germaniæ provinciis & civitatibus obtinentibus, est receptum, adeo, ut per juris consequentiam, qui legem quandam ex Jure Romano pro se allegat, fundatam prorsus pro causa sua intentionem habeat, nec eum ad probationem receptionis adstringi oportet, donec adversarius ad non usum provocans, probaverit, statuto quodam, vel lege Germaniæ universali vel provinciali, aut denique consuetudine aliud cautum esse. Cum vero nemo ex dissentientibus hactenus fuerit, qui vel legem vel consuetudinem Germaniæ

maniæ noſtræ univerſam, noſtræ legi contrariam in Germania obtinentem, in medium proferre potuit, ita nec ulla ratione ſufficiente ejus non uſus, quoad omnem Germaniam tuto aſſeri, ejusque receptio in dubium vocari poteſt, ſed ſi quis non uſus legis noſtræ in Germania ſupereſt, is tantum ad provincias & civitates Germaniæ particulares, ubi contraria huic legi juris diſpoſitio obtinet, ſpectat. Per leges enim provinciales & ſtatuta, aut conſuetudinem huic ſanctioni juris communis contrariam, non obſtante, quod clauſula ſolenni: utne abrogari unquam poſſit, munita ſit, contra BARTOLVM, BALDVM, aliosve veteres, ſatis evictum dedit MEVIVS d) neque expreſſa ſemper abrogatione opus, ſed quoque tacita & indirecta toties ſufficit, quoties ex verbis ſtatuti vel legis provincialis, ita de mente ſtatuentium perſpicue colligere licet, conf. MEVIVS e) puta ſi diſpoſitio ſtatuti cum lege noſtra ſubſiſtere nequit. Verum enim vero a non uſu legis noſtræ particulari, & in certis ſolummodo Germaniæ provinciis & civitatibus a RITTERSHVSIO f) relatis, locum inveniente, ad univerſa Germaniæ fora male infertur & concluditur, ſed potius pro regula tenendum: In omnibus provinciis, civitatibus, locisve, ubi nec ſtatutum, nec lex provincialis adverſa proſtat, aut conſuetudo contraria invaluit, ſecundum eam ſemper pronunciandum eſſe. Calculum adjecerunt huic ſententiæ ſumma Imperii Tribunalia & JCtorum Germaniæ famigeratiſſimorum plurimi, ac non ſolum ſingu-

PRUCKMANNUS l) ESBACH m) HERTIUS n) MEVIUS o) STRYCKIUS p) JCti Jenenses apud RICHTERUM q) Wittebergenses apud WERHNERUM r) Marpurgenses apud eundem s) TUBINGENSES t) Halenses apud Illustrem BOEHMERUM u) qui sententiam supra a nobis adductam mutaverunt, Giessenses apud HERTIUM w) nec non Helmstadienses apud Illustrem de LEYSER x) conferatur quoque Illustris quondam REINHARTHUS y) sententiam hanc exquisitissimis argumentis probans, & contrariam solidissimis fundamentis destruens.

a) in Exerc. ad ff. Exerc. 1. §. 11. & 12.
b) in Diss. prælim. usus moderni ff. §. 27.
c) in Diss de Jure Justin. in German. recept.
d) ad Jus Lubecense part. 2. Tit. 2. Art. 28.
e) cit. tractatu & loco num. 87.
f) in consil. Altorf. 74.
g) Lib. 3. obs. 24.
h) Lib. 2. obs. 98.
i) in analectis ad Struvium Lib. 23. Tit. 2 §. 23.
k) ad Novellas cap. 5. num. 15.
l) Vol. 11. Consil. 1. num. 392. seq.
m) ad Carpzovium parte 2. const. 43. def. 17.
n) in Diss. de lege, clausula ne abrogari possit munita sect. 2. §. 2.
o) ad Jus Lubecense parte 2. Art. 12. Tit. 2. num. 30.
p) in usu moderno ff. Tit. de Ritu nuptiarum §. 33.
q) Lib. 2. Cons. 381. num. 49. & consil. 353.
r) parte 3. obs 55 & 120.
s) parte 3. obs. 120.
t) in Consiliis Lauterbachianis Vol. II. Cons. 164. num 18. seq.
u) Tom II. parte 1. Responsp. 1. num. 17. seq.
w) Tom. I. Resp. 74. num. 11.
x) in Medit. ad ff specim. 300. med. 9.
y) in observationibus selectis ad Christinæi decis. obs. 72.

§. XXII.

§. XXIII.

Ex his adductis, argumenta dissentientium sponte sua corruunt, tantum enim abest, ut rationes Romanos Legislatores ad defendendos prioris matrimonii liberos, contra parentum suorum, ad secundas nuptias convolantium, intemperatam donandi & testandi licentiam impulerunt, apud Germanos sibi locum non vindicent, ut potius teste experientia hodie pariter militent, & in conjugibus binubis deprehendantur, vitia enim durant, donec homines, recte observantibus JCtis Halensibus apud Illustrem BOEHMERVM a) nec potest dici, rationem Romanos ad hoc statuendum impellentem, ipsis & statui illorum fuisse propriam. Nuptiæ secundæ quoque Germanis non minus odio habentur ac Romanis teste HEINECCIO b). Asseri etiam non potest, Jure Canonico pœnas omnes secundo nubentium penitus esse exulare jussas, cum hoc jure solum pœna infamiæ, viduæ durante adhuc anno luctus ad aliud thorum provolanti in legibus Romanis sancita, abolita fuerit, nunquam autem a remissione pœnæ infamiæ ad sublationem omnium reliquorum in favorem liberorum primi thori sancitorum privilegiorum, recte argumentamur, docente GONZALEZ c) & Illustri REINHARTHO d).

a) *Tom. 1. Resp. 868. num. 17.*

b) *in Elementis Juris Germanici lib. 1. §. 319. in not.*

c) *ad c. 5. X. de secundis nuptiis.*

d) *in obs. ad Christinæi decis. obs. 72.*

prægnantibus ac pro lege noſtra militantibus, docuimus, ita ut non opus videatur, autoritatibus & præjudiciis illum inſuper fulcire, quoniam tamen multum conducit, & illuſtrationi & majori corroborationi inſervit, operæ pretium erit, Reſponſi JCtorum Gœttingenſium Menſe Aprili 1741. elaborati hic inferre rationes apud Illuſtrem REINHARTHVM a) ſequenti modo relatæ: Dennoch aber und dieweil in allhieſigen Königlichen und Chur-Braunſchweigiſchen Landen, denen Römiſchen Rechten, in Ermangelung eines dagegen eingeführten Provincial-Geſetzes, ſtatuti oder Gewohnheit, ſchlechterdings in denen Juſtiz-Collegiis nachgegangen wird, alſo wohl zu glauben, daß dasjenige, was zum faveur derer Kinder erſter Ehe, in

l. 6. C. de ſecundis Nupt. in Novell. 22. cap. 27.

oben angeführter maßen enthalten, vor keinesweges abgeſchafft, oder nicht recipirt gehalten, ſondern darauf bey vorfallenden Caſu geſprochen werden würde, da zumahl verſchiedene Rechtsgelehrte auch Saxonici ſelbſt, den allegirten legem nicht vor unbillig, ſondern den Kindern erſter Ehe ſehr favorabel halten, mithin daß auſſer Sachſen in foris Juris communis, deficiente lege provinciali vel ſtatuto vel conſuetudine contraria, darauf allerdings geſprochen werden müſſe, zu behaupten ſuchen,

L. B. de WERNHER, *p. 3. obſ. 55. & 120.*
LEYSER *ſpec. CCC. Meditatione 9.*
HERTIVS *Diſſ. de lege, clauſula: Ne abrogari poſſit munita ſect. 2. §. 2.*

wenn gleich der überbleibende Ehegatte aus den Vermögen des vorigen Mannes nichts erhalten,

LEY-

LEYSER *spec. CCC. Medit. 9.*
in dem Jure Canonico auch eine völlige Aender- und Aufhebung, derer in favorem liberorum prioris matrimonii, in pœnam conjugum secundo nubentium Jure Codicis befindlicher Verordnung in denen allegirten
cap. 4. & 5. X. de secundis nuptiis
keinesweges, sondern nur so viel zu befinden, daß die intra annum luctus nubentes viduæ nicht vor unehrlich und infam geachtet werden solten
GONZALEZ TELLEZ *in cap. 5. X. de secundis nuptiis n. 9.*
So halten wir dafür, daß zwar der Semproniæ Intention, einen jeden derer Kinder erster Ehe nur 250. Thaler als den Drittel ihres sämtlichen Vermögens, das übrige aber alles ihren andern Ehmanne zu vermachen nicht unbillig, dennoch wenn sich die Kinder oder Tutores auf diesen *l. 6. C. de secundis nuptiis* dermaleins berufen, mithin deshalber Processe erregen solten, der Ehemann dabey völlig gelassen zu werden, keine Sicherheit, sondern zu gewärtigen haben dürfte, daß ihm nach Inhalt dieses *l. 6. C. de secund. nupt.* ein mehreres nicht, als was jedwedes Kind loco legitimæ erhalten, zugesprochen würde. V. R. W.

a) in obs. ad Christinæi decis. obs. 72.

§. XXV.

Ostendimus huc usque, quinam genuinus sit legis nostræ sensus, unacum usu tam theoretico quam practico, nunc ordinis rationem secuturi, contraria illius tradamus, seu investigemus, casus in quibus dispositio

five fit univerfalis, five ratione folius acquæftus particularis locum fibi vindicet, tali enim cafu conjux femper plus capit quam unus ex liberis prioris matrimonii. Ubi communio bonorum univerfalis illimitate obtinet, controverfiæ, quæ circa illam obveniunt, ex regulis focietatis regulariter funt difcutiendæ, ejusdemque iidem funt effectus, qui in alia focietate & communione deprehenduntur. Aliquando tantum certa bona, vel acquifita tantum communia funt, in quibus tamen nihilominus ceffat legis noftræ ufus, quia & hic plus capit conjux, quam unus ex liberis, diverfitas fiquidem jurium hoc importat, jure enim Romano, ex quo lex noftra natales ducit, nulla eft bonorum, fed tantum corporum & animorum focietas a) jure Germanico vero in alia omnia eundem eft, utut enim ea tempeftate, qua jus Romanum in Germaniam noftram paulatim invectum, haud pauca provinciarum & civitatum Germanicarum prifca circa communionem bonorum inftituta deferuerint, atque Romanorum placita adoptaverint, in multis tamen adhuc Germaniæ provinciis ea obtinet, vid. HEINECCIVS b) in quibus obtnet, non poteft fieri non, nifi ut repudium det legi noftræ, diftinctam conjugum bonorum indolem fupponenti.

a) l. 1. ff. rer. amot. l. 4. C. de crim. expil. hered.
b) in Elementis juris Germanici lib. 1. Tit. 12. §. 262. feq.

§. XXVI.

Deinde quoque exulet legis noftræ difpofitio, neceffe eft, quando in cafu exftantium prioris thori liberorum conjugi in portione ftatutaria (quæ in locis, in quibus ceffat communio bonorum in illius locum fucceffit) lucrum tribuitur, in quo amplius continetur, quam

quam unus prioris thori liberorum eſt conſecutus, ſtatutum enim tanquam jus patrium legem Romanam prorſus vincit, præterea ſtatutum in re mere Germanica, qualis eſt ſine dubio portio conjugum ſtatutaria, haud quaquam ex jure communi Romano ſuppleri vel declarari debet, docente Illuſtri BOEHMERO a) cum alias utraque jura mirum in modum miſceantur, & incertiſſimum judici reddatur, quam normam ſequi debeat vel relinquere, ſiquidem oppido falſum eſt, quod multis arriſit brocardicum: ſtatuta ex jure Romano eſſe ſupplenda & interpretanda.

a) *in Diſſ. de ſucceſſ. hered. conjug. ex pact. dot. cap. 2. §. 5.*

§. XXVII.

Sic quoque in Saxonia ſuperiore noſtræ legis uſum vel ideo exulare neceſſe eſt, quod ea cum jure Saxonico provinciali ibidem retento, ſtare nequeat, utpote quo ſancitum eſt a) ut omnis maritus ſive ſit binubus nec ne, heres omnium uxoris mobilium, cum excluſione liberorum habeatur, atque adeo plus lucri regulariter capit, quam liberi ex primo uxoris thoro geniti, ex quo parem facultatem marito binubo uxori per pacta dotalia vel ultimam voluntatem proſpiciendi, uſus fori Saxonici indulſit, quod & iniquum dici non poteſt, ſed potius æqualitatem jurium & beneficiorum fundamento habet, atque id intendit, ut mutuus amor inter conjuges magis magisque hoc modo promoveatur, ac invicem compenſetur, conf. CARPZOV. b)

sta & legibus probata causa, exheredes sunt scripti, siquidem lex nostra supponit semper vitricum vel novercam cum liberis prioris matrimonii concurrentes, exheredati autem, quoad passum successionis habentur pro nullis, ex quo sponte sua sequitur, novercam vel vitricum exasse posse heredes institui, cessante enim legis ratione, illius etiam dispositio cesset, necesse est, lex enim respicit favorem liberorum prioris thori, quibus exheredatis & civiliter non amplius existentibus, favor etiam locum non invenit, quoniam non entis nullæ sunt affectiones.

§. XXXI.

Denique usus legis nostræ cessat, quando conjux sive sit vitricus vel noverca illud quod amplius accepit, non titulo lucrativo sed oneroso accepit, addita nimirum lege, ut illud quod plus est in fundo vel prædio vitrico vel novercæ relicto prævia facta taxatione liberis prioris matrimonii parata pecunia solvatur, & inter illos dividatur, quo in casu non habent liberi, de quo querelas moveant, lex enim solum eo tendit, ne plus lucri in præjudicium liberorum prioris thori vitricus vel noverca capiant, ea vero quæ parata pecunia solvuntur, neutiquam lucris annumerari possunt, quamobrem recte rationes subduxit BRUNNEMANNUS a) putans ad onerosum contractum hanc legem non posse extendi.

a) ad L. 6. C. de secund. nupt. §. 5.

§. XXX.

Temporis & instituti ratio nobis non permittunt, ut laxiori filo argumentum hoc pertractemus, & extra oleas vagemur, speciminis Academici limites insuper habendo, utrum causa hæc a nobis bene vel male acta fuerit, lectorum dijudicationi integrum esto, in votis solummodo habentes, ut ea, quæ in medium prolata sunt, in meliorem partem interpretentur.

❧) *** (☙